

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

coordinata da
Fabio Addis e Antonello Calore

**DIRITTI INTERNI,
DIRITTO COMUNITARIO
E PRINCIPI SOVRANAZIONALI**

PROFILI AMMINISTRATIVISTICI

a cura di
VERA PARISIO



GIUFFRÈ EDITORE

L'INFLUENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE SUR
LE CONTENTIEUX DES MARCHÉS PUBLICS:
EXPÉRIENCE FRANÇAISE

di
DAVID CAPITANT

1. Introduction. — 2. Les modalités de l'intervention du juge. — 2.a. Le référé précontractuel. — 2.b. Les réformes induites. — 3. L'évolution de la systématique des recours. — 3.a. Les solutions classiques du droit français. — 3.b. Les sollicitations communautaires. — 4. Conclusion.

1. *Introduction.*

Le droit communautaire et le droit public français entretiennent d'étroites relations dans le domaine du contentieux. D'une part, le contentieux administratif français a exercé une influence déterminante sur les dispositions du traité relatives à la procédure suivie devant la Cour de justice des communautés européennes. La simple lecture des dispositions du traité le démontre suffisamment: les cas d'annulation des décisions communautaires sont sensiblement comparables, dans l'expression même qui en est donnée par le traité, aux cas d'ouverture du recours en excès de pouvoir que connaît le droit français: « incompétence, violation des formes substantielles, violation du (...) traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir » (1) répondent au quatre cas d'ouverture du recours en excès de pouvoir développés par Edouard Lafferrière: « incompétence, vice de procédure, violation de la loi et détournement de pouvoir » (2). L'institution de

(1) Art. 230 TCE.

(2) *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1887-1888.

l'avocat général (3) trouve son origine dans celle du commissaire du gouvernement — désormais rapporteur public — intervenant en France devant les juridictions administratives (4). Le délai de deux mois prévu par l'art. 230 TCE pour le recours en annulation en constitue un nouvel indice, qui correspond très exactement au délai général prévu par le droit français pour les recours devant les juridictions administratives (5).

L'influence sans doute n'est pas sans mélange et le contentieux européen présente des particularités qui montrent la multiplicité des influences nationales. Ainsi en va-t-il par exemple de l'existence d'un recours en carence (6), connu par de nombreux nationaux mais absent du droit administratif français; ou encore des actions comme la question préjudicielle (7) ou le recours en manquement (8), caractéristiques d'une organisation de type fédéral qui ne peuvent trouver de parallèle dans un Etat unitaire comme la France.

Le traité communautaire, interprété et complété par des directives particulières, exerce en retour une influence sur le droit national et constitue un facteur d'évolution, par cela même qu'il n'est pas tenu par les limites inhérentes à chaque système historiquement déterminé.

Le domaine particulier des marchés publics en offre une illustration particulière. Non seulement, il a été le lieu d'élection, en France comme ailleurs, de la mise en place de recours spécifiques nouveaux; mais encore les innovations expérimentées sous l'influence communautaire dans ce domaine particulier ont-elles été à l'origine de réformes de plus grande ampleur du contentieux administratif national, qui s'inscrivent d'ailleurs dans un mouvement plus général dont les sources relèvent également de la Convention européenne des droits de l'Homme, comme de mouvements propres aux droits nationaux.

(3) Art. 222 TCE.

(4) Art. L. 7 du Code de justice administrative.

(5) Art. R. 421-1 du Code de justice administrative.

(6) Art. 232 TCE.

(7) Art. 234 TCE.

(8) Art. 226 TCE.

Afin de garantir un aspect important de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation de services, le droit communautaire a procédé à l'encadrement de la passation des marchés publics au plan national, et cela en plusieurs étapes. Les procédures de passation ont été encadrées dès les années 1970 avec les marchés de travaux (9) et de fournitures (10), avant d'être étendues aux marchés publics de services en 1992 (11). L'ensemble des directives a été unifié en 2004 (12). Au-delà des seuls marchés publics, le droit communautaire tend à encadrer l'ensemble des contrats qui peuvent se rattacher à la notion de « commande publique ». Cette catégorie, consacrée par le Conseil constitutionnel (13), est issue du mouvement de remise en cause des catégories nationales par le droit communautaire et permet de couvrir l'ensemble de la catégorie des marchés publics telle que l'envisage le droit communautaire, notamment en y incluant les contrats passés par des personnes privées ayant la qualité d'organisme de droit public au sens de la directive, ou encore des contrats relevant de législations particulières en droit national mais intégrées, au moins pour partie, par le droit communautaire dans la catégorie des marchés publics: par exemple les contrats de partenariat issus de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, les concessions d'aménagement (14). Y trouvent également place les contrats qui, opérant un transfert de risques, comme les concessions ou délégation de services publics ou certains contrats de partenariat, échappent à la catégorie communautaire des marchés publics mais se trouvent soumis par la jurisprudence de la Cour de justice, sinon aux directives, du moins aux principes généraux, tirés du traité, dont elles assurent la mise en œuvre (15).

(9) Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971.

(10) Directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976.

(11) Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992.

(12) Directive 2004/18 CEE du Conseil du 31 mars 2004, pour les secteurs classiques.

(13) Décision 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

(14) Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement.

(15) CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98; 3 décembre 2001, *Ben Moustén Vestergaard*, C-59/00; CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen* C-458/03.

Au-delà de la détermination des règles de passation des marchés publics, le droit communautaire a également précisé les conditions dans lesquelles les juridictions nationales devaient pouvoir intervenir pour qu'en soit assurée l'effectivité. La liberté procédurale qui est reconnue aux Etats membres, sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité (16), a été encadrée par la directive Recours n° 89/665 du 21 décembre 1989 (17), récemment réformée par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007.

Bien entendu, la *ratio legis* de ces directives Recours est la garantie de l'effectivité des recours accessibles en droit national. L'art. 1^{er} de la directive impose aux Etats membres de prendre les mesures destinées à ce que « les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs (puissent) faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible ». Les procédures mises en œuvre doivent en outre être accessibles « au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée ». Les autorités de contrôle doivent disposer de pouvoirs étendus aux termes de l'art. 2 de la Directive, puisqu'elles doivent pouvoir « prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs; (...) annuler ou (...) faire annuler les décisions illégales (...); accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation ».

Lors de la publication de la directive, le droit français se trouvait bien en-deça de ces exigences (18). L'accès au juge du contrat est alors réservé aux parties, et donc fermé aux concurrents, à tout moment de la procédure. Le juge administratif accepte de contrôler

(16) CJCE 19 juin 1990, Factortame, C-213/89.

(17) Et par la directive 92/13 du 25 février 1992 pour les secteurs spéciaux.

(18) F. GRÉVISSE et J.-C. BONICHOT, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats-Membres*, Mélanges Boulouis, 1991, p. 302 s..

la légalité des décisions de passation, considérées comme détachables du contrat, mais les procédures d'urgence qui permettraient d'obtenir la suspension ou l'annulation de la procédure sont dépourvues d'efficacité pratique: elles interviennent trop tardivement; le juge ne dispose guère que d'un pouvoir de suspension ou d'annulation de la décision préalable, sans grand intérêt lorsque le contrat est déjà signé, souvent même exécuté, et en tout état de cause d'aucun pouvoir d'injonction de se conformer aux règles de passation à l'égard de l'administration.

La transposition des nouvelles obligations communautaires signifie donc pour le droit français l'adoption d'une législation novatrice qui conduira d'abord à faire évoluer les conditions d'interventions du juge afin de les rendre plus rapides et plus efficaces. D'abord limitées au domaine contractuel à travers la création d'un nouveau recours: le référé précontractuel, les nouvelles modalités ainsi inaugurées pour l'intervention du juge administratif seront par la suite étendues et généralisées, prolongeant ainsi de manière indirecte l'influence du droit communautaire sur le contentieux administratif français (I). Une nouvelle étape de l'influence du droit communautaire sur les règles françaises de recours dans le domaine des contrats de l'administration se manifeste à travers la récente ouverture de l'accès au juge du contrat aux concurrents alors que, traditionnellement, seules les parties disposaient de cette faculté. C'est alors la structure même des recours qui se trouve remise en cause (II).

2. *Les modalités de l'intervention du juge.*

L'intervention rapide du juge, dès la mise en œuvre de la procédure de passation des marchés publics, présente de manière générale un intérêt particulier, tant un contrat déjà exécuté est difficile à remettre en cause. En droit français, la question est d'autant plus importante que seules les parties ayant classiquement accès au juge du contrat (19), celui-ci, une fois conclu, ne pouvait que très difficilement être remis en cause.

(19) Cfr. *infra*, II.

Aussi est-ce par la mise en vigueur d'une procédure juridictionnelle d'urgence que l'intervention législative s'est manifestée, d'abord dans le seul domaine contractuel (a). Les solutions inaugurées à travers ce recours spécial ont par la suite été étendues et généralisées à l'ensemble du contentieux administratif (b).

2.a. *Le référé précontractuel.*

La loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux (20) a institué un nouveau recours d'urgence, actuellement codifié aux art. L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative (21). Ouvert à toute personne ayant « un intérêt à conclure le contrat », ce recours est caractérisé par sa rapidité et par son efficacité.

La rapidité recherchée se manifeste tout d'abord par le fait que ce recours doit être intenté « avant la conclusion du contrat ». Le juge administratif a précisé le texte, quelque peu ambigu à ce propos, en considérant non seulement que le recours était irrecevable s'il était introduit après la signature du contrat, mais encore en jugeant qu'il devenait sans objet si le contrat était signé en cours de procédure (22). Pour éviter toute « course à la signature », il est désormais prévu que « dès qu'il est saisi, (le juge) peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours ».

Surtout, le juge saisi est le juge des référés, qui est un magistrat statuant seul, par la voie d'ordonnances, selon une procédure simplifiée. Il s'agit du Président du Tribunal administratif compétent ou d'un magistrat délégué par celui-ci. Un délai indicatif de 20 jours lui est même imparti pour statuer par le Code de justice administra-

(20) Complétée par la loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(21) Antérieurement aux art. L. 22 et L. 23 du Code des tribunaux administratifs.

(22) Conseil d'Etat, Section, 3 novembre 1995, Société Stentofon communications, n° 152650.

tive (23). Le recours en appel est expressément exclu par les textes qui ne prévoient qu'un recours en cassation, directement devant le Conseil d'Etat, dans le délai de quinze jours (24).

L'efficacité de la procédure a, quant à elle, été recherchée d'abord dans l'ouverture du recours à toutes les personnes « qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées » (25) par l'illégalité invoquée. La jurisprudence a interprété cette disposition en reconnaissant la possibilité d'agir à toute entreprise « ayant vocation à exécuter les prestations » comprises dans le marché, alors même qu'elle n'aurait pas participé à la procédure d'attribution. (26) Surtout, de larges pouvoirs d'intervention préventive sont reconnus au juge, qui peut « ordonner (au pouvoir adjudicateur) de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations » (27). Ces pouvoirs sont particulièrement remarquables puisque, à l'époque de leur entrée en vigueur, le juge administratif français ne disposait que de la possibilité d'annuler la décision de passer le contrat, sans que cela n'entraîne de conséquences directes sur le contrat lui-même. Dans le cadre du nouveau recours en revanche, outre le pouvoir d'annulation, le juge se voit reconnaître un pouvoir d'injonction envers l'administration. Le pouvoir de suspension dont dispose le juge a été évoqué plus haut.

Sans doute ce nouveau recours voit-il son champ d'application limité au cadre de la transposition de la directive Recours en matière de marchés publics. Ainsi n'est-il ouvert qu'aux concurrents évincés des procédures, comme on l'a dit, et ceux-ci ne peuvent-ils invoquer que des « manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence » (28).

(23) Art. R 551-1 du Code de justice administrative.

(24) Art. R 551-4 du Code de justice administrative.

(25) Art. L 551-1 du Code de justice administrative.

(26) CE 8 juillet 2005, Communauté d'agglomération de Moulins, n° 268610.

(27) Art. L 551-1 du Code de justice administrative.

(28) Art. L 551-1 du Code de justice administrative.

Pour autant, dès le départ, le législateur français n'a pas eu une vision trop restrictive du champ d'application de ce nouveau recours puisque loin de se contenter de ne l'ouvrir que dans le cadre des marchés publics, fut-ce au sens du droit communautaire (29), il l'a également ouvert dans le cadre d'autres types de contrats ressortissant du domaine plus large de la commande publique: contrats de délégation de service publics, qui font l'objet en droit national d'un encadrement propre; puis contrats de partenariat lorsque ceux-ci ont été prévus par l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée.

Surtout, les nouveautés inaugurées par ce recours précontractuel particulier allaient être généralisées par des lois de peu postérieures, cette fois en dehors de toute contrainte liée à la transposition de règles communautaires.

2.b. *Les réformes induites.*

Les deux principales nouveautés qui faisaient toute l'originalité du référé précontractuel — la rapidité de la procédure d'une part et l'extension des pouvoirs du juge administratif au-delà d'un simple pouvoir d'annulation d'autre part — allaient se voir reprises avec une ampleur beaucoup plus grande dans deux importants textes réformant le droit français du contentieux administratif.

Le pouvoir d'injonction. C'est dans un premier temps la question des pouvoirs du juge qui va retenir l'attention du législateur. Dans le domaine du contentieux de la légalité, la règle traditionnelle en droit français était que le juge ne disposait que d'un pouvoir d'annulation. Aussi qualifie-t-on ce même contentieux de contentieux de l'annulation. Une interprétation stricte du principe de séparation des pouvoirs conduisait à limiter au strict minimum les pouvoirs de contrôle du juge administratif sur l'action administrative. Le seul recours au mécanisme de l'annulation apparaissait ainsi comme susceptible d'assurer suffisamment le principe de légalité puisqu'il permettait de rétablir celle-ci en faisant disparaître l'acte illégal de

(29) CE 20 mai 1998, Communauté de commune du Piémont de Barr, p. 210, à propos de marchés passés entre personnes publiques, insusceptibles, à l'époque où l'arrêt a été rendu, d'être qualifiés de marchés publics en droit français.

l'ordonnement juridique. Le refus de l'injonction allait même jusqu'à l'absence en droit français de tout recours en carence. En cas d'abstention illégale d'agir de l'administration, le juge peut annuler le refus d'agir mais ne peut ordonner à l'administration d'agir. Il lui appartient seul de déterminer les conséquences des décisions d'annulation du juge.

Les limites pratiques d'une telle analyse devenaient toujours plus évidentes alors que le souci de la protection des droits, fondamentaux ou pas, des administrés occupait une place toujours plus importante parmi les objectifs permettant d'établir l'existence d'un Etat de droit. Afin de répondre aux inquiétudes relayées par la doctrine (30), le législateur avait tenté de développer des instruments permettant d'explicitier les conséquences découlant des décisions d'annulation (31), mais le principe de la prohibition des injonctions demeurait.

Aussi faut-il rapprocher de l'introduction du référé précontractuel en 1992, avec les nombreux pouvoirs, notamment d'injonction, qu'il reconnaît au juge, la réforme adoptée par la loi du 8 février 1995 (32), qui autorise désormais le juge de l'excès de pouvoir à dépasser la simple annulation pour lui adjoindre une véritable injonction en direction de l'administration « lorsque sa décision implique nécessairement (que celle-ci) prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé » (33) ou encore qu'elle implique que l'administration « prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction » (34). Dans les deux cas, le juge administratif fixe le délai dans lequel doit intervenir la décision ordonnée et l'art. L.

(30) J. RIVERO, *Le Huron au Palais Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, Dalloz 1962, chronique p. 37.

(31) Décret du 30 juillet 1963 sur le système d'aide à l'exécution; loi du 3 janvier 1973 sur le médiateur; loi du 16 juillet 1980 sur les astreintes.

(32) Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Les dispositions qui nous intéressent ici sont codifiées aux art. L. 911-1 et suivants du Code de justice administrative.

(33) Art. L. 911-1 du Code de justice administrative.

(34) Art. L. 911-2 du Code de justice administrative.

911-3 lui permet dans un second temps de prononcer une astreinte afin d'assurer le respect de l'injonction.

Les procédures d'urgence. Autre réforme d'importance qui peut être rapportée à l'expérience réalisée avec le référé précontractuel: la réforme des mesures d'urgences opérée par la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives (35). Si les procédures de référé existaient antérieurement au recours précontractuel instauré en 1992, elles demeuraient cependant marginales. Ainsi notamment, le mécanisme qui est le corollaire de l'absence d'effet suspensif des recours introduits contre les décisions de l'administration qui prévaut en France: la possibilité de demander au juge la suspension du caractère exécutoire de celle-ci dans l'attente du jugement, était-il mis en œuvre dans le cadre des procédures classiques collégiales, ce qui en pratique le rendait très largement inefficace.

Aussi les tentatives destinées à le rendre plus efficace ont-elles abouti lorsque le recours au juge du référé a été élargi de manière importante. Désormais, c'est au juge du référé qu'il appartient, « Quand une décision administrative (...) fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation », d'« ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » (36).

Le référé — injonction. La procédure de référé — liberté a fait l'objet à juste titre d'une attention particulière de la doctrine lorsqu'elle a été mise en place par la loi du 30 juin 2000. En effet, il ne s'agit plus de rendre plus efficace, car plus rapide, la mise en œuvre d'un pouvoir de suspension dont disposait classiquement le juge administratif, comme dans le cas du référé — suspension, mais de confier au juge du référé des pouvoirs d'injonction jusque-là largement refusés au juge administratif dans le cadre d'un nouveau recours.

(35) N° 2000-597.

(36) Art. L 521-1 du Code de justice administrative.

Aux termes de l'art. L 521-2 du Code de justice administrative, « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle (l'administration) aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ». Dans le délai de 48 heures prévu par cet article, le juge peut ainsi prononcer les mesures les plus variées. On est loin, de nouveau de la traditionnelle prohibition des injonctions adressées à l'administration. Au contraire, le juge peut enjoindre positivement à l'administration de prendre une décision, de délivrer une autorisation, de suspendre l'exécution d'une décision, de s'abstenir d'empêcher un comportement, d'exécuter un contrat, d'instruire un dossier, de procéder à des travaux, etc. Il peut directement prononcer des astreintes en cas d'inexécution de ces injonctions.

Très novateur dans ces pouvoirs qu'il accorde au juge administratif, le référé-injonction voit son champ d'application limité. D'une part par une condition de recevabilité tenant à l'urgence qui doit s'attacher à l'intervention du juge; cette urgence se manifeste d'ailleurs dans le fait que le juge doit juger dans un délai indicatif de 48 heures après sa saisine et que les décisions qu'il peut adopter sont susceptibles d'appel directement devant le Conseil d'Etat. D'autre part par le fait que ce recours n'est susceptible d'être engagé qu'afin de remédier à une atteinte grave à une liberté fondamentale. Même si le juge a interprété assez largement ces conditions, elles manifestent le fait que ce nouveau recours a été largement élaboré pour mettre un frein à la saisine du juge judiciaire dans ce type de situation, comme cela était fréquemment le cas sur le fondement de la théorie dite de la « voie de fait » de l'administration. On voit ainsi comment, si l'expérience réalisée avec le référé précontractuel découlant directement de l'influence communautaire a pu jouer un rôle dans la mise en œuvre de ce référé-injonction, dit aussi référé-liberté, c'est également en réponse à une problématique purement interne qu'il a été mis en vigueur.

A travers le référé précontractuel, le droit communautaire a ainsi joué un rôle déterminant dans l'évolution du droit français des

contentieux administratifs, puisqu'il lui a permis d'expérimenter des modalités nouvelles, plus efficaces sous différents aspects, de l'intervention du juge administratif, qui ont permis, par une certaine généralisation, de répondre à des attentes, non satisfaites dans le cadre traditionnel du droit administratif français, relativement à l'efficacité du contrôle juridictionnel de l'administration.

Le même domaine du contentieux contractuel est en train de subir une autre évolution, plus profonde peut-être, qui concerne la structure même des recours contentieux susceptibles d'être portés devant le juge administratif.

3. *L'évolution de la systématique des recours.*

Le droit français distingue classiquement deux types principaux de recours juridictionnels susceptibles d'être portés devant le juge administratif.

Le recours en excès de pouvoir permet de contester la légalité des décisions (ou absences de décision) de l'administration. Il est largement ouvert, notamment car il peut être directement intenté par les justiciables qui sont dispensés du ministère d'avocat, qu'il peut être formé en principe sans recours administratif préalable et qu'il ne requiert que la preuve d'un intérêt à agir et non pas la lésion d'un droit subjectif. Raison de cette large ouverture du recours en excès de pouvoir: le juge ne peut en principe — et nous avons vu que cela évolue récemment — prononcer que des annulations, laissant l'administration seul juge des conséquences à en tirer: le large recours au juge ouvert dans le cadre de l'excès de pouvoir pour répondre à l'exigence de légalité ne doit pas conduire à la paralysie de l'administration ou du moins à une atteinte excessive aux objectifs d'intérêt général qui conduisent son action.

Les recours de plein contentieux sont au contraire dirigés vers la protection des droits subjectifs des individus. Ils sont donc plus étroitement ouverts: les victimes d'un dommage, les parties à un contrat peuvent seules les faire valoir; mais ils permettent au juge d'intervenir avec des pouvoirs plus étendus destinés à protéger ces droits: pouvoir de condamnation de l'administration à remplir ses

obligations, par le paiement d'une indemnité, l'exécution de ses obligations contractuelles, etc.

Cette distinction, claire dans le principe, a été remise en cause de multiples façons afin d'arriver à des équilibres plus fins entre protection des administrés et contrôle proportionné de l'action administrative, notamment dans le domaine des contrats qui nous intéresse ici (a). Le droit communautaire est venu, là encore, apporter un germe d'évolution qui peut croître dans un environnement favorable (b).

3.a. *Les solutions classiques du droit français.*

Dans le cadre contractuel, seules les parties au contrat peuvent traditionnellement saisir le juge administratif d'un recours de plein contentieux, qu'il s'agisse de contester la légalité des conditions dans lesquelles le contrat a été passé ou des litiges relatifs à son exécution.

Pourtant, des tiers au contrat peuvent se trouver intéressés par ces questions. S'agissant ainsi de la passation des marchés publics, les administrés ou les membres des conseils des collectivités territoriales peuvent vouloir les contester. Il en va de même des concurrents évincés. Pourtant, n'étant pas parties au contrat, ils n'ont pas accès au juge administratif par le biais du juge du plein contentieux qui pourrait constater la nullité du contrat en raison de l'illégalité des conditions de sa passation. De même, s'agissant des conditions d'exécution des contrats, celles-ci intéressent non seulement les parties, mais également parfois les tiers, qu'il s'agisse, de manière générale, des contribuables ou, plus particulièrement, des usagers des services publics qui voudraient contester les conditions dans lesquelles le cocontractant de l'administration s'acquitte de ses obligations contractuelles ou de la manière dont l'administration fait valoir ses propres droits. Pourtant, là encore, le recours au juge du contrat leur est fermé car la qualité de partie au contrat leur fait défaut.

La jurisprudence a répondu aux attentes légitimes de ces tiers au contrat en leur ouvrant la voie du recours en excès de pouvoir. Cela supposait de détacher fictivement du contrat des décisions unilatérales de l'administration alors susceptibles de faire l'objet d'un

tel recours. La conséquence en était cependant que ce n'est pas le contrat lui-même, mais la décision détachable qui se trouvait mise en cause, sans que l'éventuelle annulation de l'acte détachable n'ait de conséquences sur le contrat lui-même (37). Les conséquences sur la légalité du contrat de l'illégalité de l'acte détachable dépendaient du fait de savoir si celui-ci était entaché d'un vice propre ou se trouvait illégal en raison de l'illégalité du contrat lui-même (38). Si l'illégalité du contrat pouvait être déduite de l'illégalité de l'acte détachable, il appartenait alors à l'administration d'en tirer elle-même les conséquences, soit en trouvant un accord avec l'autre partie pour mettre fin au contrat, soit en saisissant elle-même le juge du plein contentieux en tant que partie au contrat pour lui en demander l'annulation. En cas d'inaction de l'administration, un nouveau contentieux naissait vis-à-vis des tiers (39). On le voit, la complexité de la solution était grande.

Le juge administratif français avait d'ailleurs commencé de trouver des solutions plus simples en acceptant dans certains cas particuliers de permettre aux tiers d'introduire un recours en excès de pouvoir directement contre le contrat litigieux. Mais cette solution a été réservée aux cas dans lesquels la forme contractuelle pouvait être considérée comme recouvrant des décisions unilatérales de l'administration. Ainsi les agents contractuels de droit public ont-ils pu porter devant le juge de l'excès de pouvoir les litiges relatifs à leur emploi dans les mêmes conditions que les agents fonctionnaires, dont ils partagent largement la condition (40).

De même, les clauses dites « réglementaires » des contrats de délégation de service public, dans lesquelles sont définies les conditions dans lesquelles le service doit être rendu et organisé, ont été considérées comme susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir de la part des tiers y ayant intérêt, par exemple les usagers du service en cause, au contraire des clauses « économi-

(37) Conseil d'Etat, 4 août 1905, Martin, n° 14220.

(38) Conseil d'Etat, 1^{er} octobre 1993, Sté le Yacht Club international de Bormes les Mimosas, n° 54660.

(39) Conseil d'Etat, Section, 7 octobre 1994, Lopez, n° 124244.

(40) Conseil d'Etat, Section, 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, n° 149662.

ques » qui ne peuvent être mises en cause que devant le juge du contrat par les parties elles-mêmes (41).

De telles solutions restent marginales, même si elles témoignent de la recherche de solutions transversales qui permettent de contourner les conséquences parfois fâcheuses d'une séparation trop stricte des contentieux. Là encore, le droit communautaire, dans le domaine particulier des marchés publics, est venu apporter sa pierre à cette évolution.

3.b. *Les sollicitations communautaires.*

L'évolution de la jurisprudence communautaire fondée sur les directives Recours (42), la modification de celle-ci dans un sens plus contraignant, qui a abouti avec la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 qui tend à imposer aux Etats-membres d'ouvrir la possibilité de remettre en cause des marchés publics illégalement passés même après leur signature, mais aussi l'évolution générale du droit vers une protection plus efficace des administrés, quel que soit leur statut, tous ces éléments ont conduit le juge administratif français à la conclusion que les mécanismes applicables en France pour permettre aux concurrents évincés de mettre en cause les contrats passés à l'issue d'une procédure illégale n'étaient plus adaptés.

Aussi, dans une décision Tropic Travaux Signalisation du 16 juillet 2007 (43), le Conseil d'Etat a-t-il ouvert la possibilité aux concurrents évincés d'une procédure de passation de contrat de saisir directement le juge du plein contentieux. C'est une solution beaucoup plus novatrice que celle qui avait été inaugurée en 1996 par l'arrêt Cayzeele précité. D'abord parce qu'elle n'est pas cantonnée à des situations unilatérales pseudo-contractuelles, mais concerne de véritables contrats; surtout parce qu'elle permet la saisine du juge de

(41) Conseil d'Etat, Assemblée, 10 juillet 1996, Cayzeele, n° 138536.

(42) Voir notamment parmi les dernières décisions: CJCE 8 juillet 2007, Commission c/Allemagne, C-503/04.

(43) D. CAPITANT, *Simplification des recours contre les contrats administratifs* - Note sous CE 16 juillet 2007 Société Tropic Travaux Signalisation - Recueil Dalloz octobre 2007, p. 2500.

plein contentieux, avec les pouvoirs étendus qui sont classiquement les siens (44).

Ce nouveau recours, qui permet d'obtenir a posteriori l'annulation du contrat, doit être introduit dans les deux mois de la publication de la signature de celui-ci. Il est pour l'instant réservé aux concurrents évincés, quoique le commissaire du gouvernement, M. Didier Casas, ait proposé de l'ouvrir dès le départ à tous les tiers intéressés, ce qui pourrait notamment concerner les contribuables ou encore des représentants élus de la collectivité (45).

Cette nouvelle jurisprudence étend donc à la période postérieure à la signature du contrat la possibilité ouverte avec le référé précontractuel d'une intervention des tiers pour faire respecter les procédures, d'origine communautaire, applicables aux marchés publics et, plus largement, aux contrats relevant de la commande publique. Il répond à toutes les exigences que les directives Recours telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice des communautés européennes imposent aux Etats membres.

Etendant aux tiers la possibilité d'introduire un recours de plein contentieux, cette solution s'inscrit bien dans une évolution plus large qui tend à estomper la frontière claire qui existait entre le recours pour excès de pouvoir et les recours de plein contentieux. En effet, le législateur met en vigueur de manière toujours plus fréquente des dispositions ouvrant la voie du recours de plein contentieux dans des domaines relevant traditionnellement de l'excès de pouvoir.

C'est le cas tout d'abord des recours ouverts contre les décisions des autorités administratives qui prononcent des sanctions (46): commission de contrôle des assurances; autorité de régulation des télécommunications; conseil supérieur de l'audiovisuel; commission de régulation de l'électricité etc. Il s'agit alors de permettre au juge de

(44) Dans cette mesure, elle se rapproche du recours susceptible d'être introduit par le préfet, représentant de l'Etat, contre les contrats des collectivités territoriales, qui est également un recours de plein contentieux: Conseil d'Etat, 26 juillet 1991, Commune de Sainte Marie, n° 117717.

(45) RFDA 2007, p. 696.

(46) Voir l'art. L. 311-4 du Code de justice administrative qui compile les solutions progressivement imposées par le législateur.

substituer sa propre appréciation de la sanction proportionnée à celle qu'avait retenue l'autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir de sanction que la Cour européenne de Strasbourg soumet à l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (47). C'est le cas également dans des domaines toujours plus nombreux comme celui des décisions relatives à l'agrément des associations de protection de l'environnement (48) par exemple, ce qui semble monter la tendance à privilégier le recours à un juge disposant des entiers pouvoirs juridictionnels plutôt qu'au juge de l'excès de pouvoir, plus respectueux dans sa structure des prérogatives de l'administration.

4. *Conclusion.*

Élément moteur, à travers le référé précontractuel, des réformes récentes qui ont permis de renforcer les pouvoirs et les modalités d'intervention du juge administratif, qu'il s'agisse de l'octroi d'un pouvoir d'injonction ou de la refonte et de l'extension des pouvoirs du juge du référé, qui culmine avec le référé-injonction; facteur d'évolution des structures mêmes du contentieux administratif en France, contribuant ainsi de manière importante au rapprochement du plein contentieux et de l'excès de pouvoir; au terme de cette rapide étude de la manière dont le droit communautaire a pu influencer le contentieux administratif français dans le domaine du droit des marchés publics et autres contrats relevant du domaine de la commande publique, force est de constater le rôle majeur qui lui revient.

Il faut ajouter cependant que cette influence n'est pas uniquement le fait d'un mouvement extérieur qui s'imposerait à l'ordre juridique français par la force des traités communautaires signés par la France. Sans doute contribue-t-elle de manière importante à rapprocher l'ordre juridique national d'un modèle moyen européen qui confère au juge une efficacité peut-être plus grande que celle dont était traditionnellement pourvu le juge administratif français. Ce mê-

(47) CEDH 23 octobre 1995, Gradinger c/Autriche.

(48) Article L 141-1 du Code de l'environnement.

me mouvement s'observe d'ailleurs dans d'autres Etats-membres et l'exemple allemand est très révélateur à cet égard, qui se voit imposer l'ouverture de recours aux tiers contre les marchés publics alors qu'il les ignorait pour sa part totalement.

Mais le droit communautaire étant lui-même une synthèse des traditions nationales, elles-mêmes en cours d'évolution, il est parfois difficile de faire la part de ce qui ressort d'une influence communautaire unilatérale et de ce qui n'est que la conjonction de mouvements coordonnés. Toujours est-il que c'est plus dans l'accompagnement que dans le choc frontal que cette influence communautaire se manifeste comme en témoignent les conséquences secondaires de réformes directement induites par le droit communautaire au-delà des strictes exigences de transposition.

Les autres exemples qui pourraient être développés, en dehors du strict domaine du contentieux des marchés publics, amènent à la même conclusion nuancée. Ainsi le juge administratif français a-t-il récemment développé la faculté de moduler les effets dans le temps de ses décisions d'annulation, afin de sortir de l'effet automatiquement rétroactif pour prononcer des annulations *ex nunc*, voire *pro futuro* (49). Quelle est, là encore, la part de l'influence communautaire? Il est de fait que le mécanisme de modulation de l'effet des décisions dans le temps est prévu par l'article 231 du TCE pour le recours en annulation, qu'il a été étendu au domaine des questions préjudicielles par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (50). Cela dit, le facteur déterminant de l'évolution jurisprudentielle inaugurée dans l'arrêt AC! par le Conseil d'Etat est la nécessité de faire une part au principe de sécurité juridique alors que le mécanisme des lois de validation rétroactives qui y suffisait traditionnellement se trouve de plus en plus encadré et limité par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (51) et de la Cour européenne des droits de l'Homme (52).

(49) Conseil d'Etat, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC!, n° 255886.

(50) CJCE, 8 avril 1976, Defrenne/Sabena, 43-75.

(51) Conseil constitutionnel, 22 juillet 1980, Validation d'actes administratifs, 80-119 DC.

(52) CEDH, 28 octobre 1999, Zielinski.

Mais sans doute est-ce surtout par cette vertu d'exemple et de facilitateur d'évolutions contenues en germe dans les droits nationaux que l'influence du droit communautaire est la plus forte et la plus favorable.

Abstract

The organization of European jurisdiction (such as Court of Justice and Tribunal of first instance) is similar to the French one, in particular for the grounds of a claim (lack of competence, breach of law and abuse of power) and for the presence of the General Advocate, that corresponds to the French "rapporteur public".

CJCE jurisprudence had an important influence on the French administrative process, especially on public contracts, through the EU directives on complaints, which concern the contracts which are related to the notion of "commande publique".

The protection guaranteed to public contracts then extended itself to all branches of administrative law and is known as "référé précontractuel".

It is a claim until the conclusions of contract, which could be stopped by the judge for twenty days. The main characteristics of "référé" are the procedure's celerity and the extension of power of the judge, above the avoidance, such as the injunction.